



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2017

Die bilateralen Abkommen Schweiz-EU und die Übernahme von EU-Recht

Oesch, Matthias

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-147749>

Journal Article

Originally published at:

Oesch, Matthias (2017). Die bilateralen Abkommen Schweiz-EU und die Übernahme von EU-Recht. Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 26(5):638-652.

Dokument	AJP 2017 S. 638
Autor	Matthias Oesch
Titel	Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht
Seiten	638-652
Publikation	Aktuelle Juristische Praxis
Herausgeber	Arnold F. Rusch
Frühere Herausgeber	Ivo Schwander
ISSN	1660-3362
Verlag	Dike Verlag AG

AJP 2017 S. 638

Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht

Matthias Oesch*



Die bilateralen Abkommen sind grundsätzlich statisch ausgestaltet. Die Notwendigkeit, EU-Rechtsakte unkompliziert und zeitnah in den bilateralen Acquis zu übernehmen, findet im Regelfall keine institutionelle Entsprechung. Demgegenüber

* Matthias Oesch, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich.

Praxis und Lehre sind berücksichtigt bis Ende Januar 2017; punktuell wird auch auf jüngere Entwicklungen verwiesen.

Dank gebührt Joëlle de Sépibus, Christian Frommelt, Jean-Francois Mayoraz, Tobias Naef, Christina Neier, Gabriel Speck und Julie-Antoinette Stadelhofer für kritische Zu- und Widersprüche.

verpflichten die Schengen- und Dublin-Abkommen die Schweiz, EU-Rechtsakte dynamisch zu übernehmen. Auch im geplanten institutionellen Abkommen geht es darum, einen Mechanismus zur dynamischen Weiterentwicklung aufzusetzen. Dieser Beitrag würdigt die geltenden und absehbaren Übernahmeregelungen kritisch. Besonderes Augenmerk verdient die Frage, ob die demokratischen Rechte in der Schweiz respektiert werden. Es zeigt sich, dass eine tatsächliche Wahlfreiheit zeitweise nur auf dem Papier besteht. Diesen Preis bezahlt die Schweiz dafür, sektoriell in mitgliedstaatsähnlicher Weise in den unionalen Rechtsraum eingebunden zu sein, ohne sich institutionell den gemeinsamen Regeln zu unterwerfen. Je nach Ausgestaltung des geplanten institutionellen Abkommens besteht die Gefahr, dass die demokratischen Rechte weiter ausgehöhlt werden.

Les Accords bilatéraux sont en principe aménagés de manière statique. La nécessité de reprendre les actes juridiques de l'UE de manière simple et rapide dans les acquis bilatéraux n'a, en règle générale, pas d'équivalent institutionnel. Par conséquent, les Accords de Schengen et de Dublin obligent la Suisse à reprendre les actes juridiques de l'UE de manière dynamique. Il s'agit aussi de mettre en place dans l'accord institutionnel envisagé un mécanisme de développement dynamique. La présente contribution examine de manière critique les réglementations actuelles et prévues concernant l'adoption d'actes juridiques de l'UE. Une attention particulière doit être portée à la question du respect des droits démocratiques en Suisse. Il s'avère que la liberté de choix effective n'existe parfois que sur le papier. La Suisse paye ce prix pour être intégrée sur le plan sectoriel dans l'espace judiciaire européen de manière similaire aux Etats membres, sans être institutionnellement soumise aux règles communes. Selon la structure de l'accord institutionnel envisagé, les droits démocratiques risquent d'être encore affaiblis.

I. Einleitung

Diverse bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) reichen über Fragen der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit und des gegenseitigen Marktzugangs hinaus und bezwecken die sektorische Integration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum. Dies gilt typischerweise für das Freizügigkeitsabkommen und das Luftverkehrsabkommen von 1999 sowie für die Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen von 2004. Diese Abkommen ermöglichen der Schweiz, an das EU-Recht «anzudocken». Sie verweisen auf EU-Rechtsakte, welche dergestalt Eingang in das bilaterale Recht finden. Es ist offenkundig, dass Änderungen von solchen Rechtsakten in der EU auch im bilateralen Verhältnis ihren Niederschlag finden müssen, damit das ordnungsgemässe Funktionieren der Abkommen nicht gefährdet wird.

Dieser Beitrag skizziert die in den bilateralen Abkommen enthaltenen Regelungen zur Übernahme von EU-Recht und würdigt sie im Licht praktischer Beispiele kritisch. Die gewandelte Natur staatsvertraglicher Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU und die Notwendigkeit, EU-Rechtsakte unkompliziert und zeitnah in den bilateralen *Acquis* zu übernehmen, finden in den Abkommen nur ansatzweise eine institutionelle Entspre-

AJP 2017 S. 638, 639

chung. Die Abkommen folgen einem tradierten Verständnis staatlicher Souveränität und stecken formell in klassisch völkerrechtlichen Kleidern. Sie sind grundsätzlich statisch ausgestaltet (unten II.). Nur vereinzelt besteht eine Verpflichtung der Schweiz, EU-Rechtsakte dynamisch zu übernehmen; dies trifft insbesondere auf die Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen zu (unten III.). Ein Seitenblick auf die dynamische Übernahme von Rechtsakten im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) zeigt, welch hohem Anpassungsdruck die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten ausgesetzt sind

(unten IV.). Seit Frühsommer 2014 verhandeln die Schweiz und die EU über die Schaffung eines institutionellen Abkommens. Dabei geht es – in Ergänzung zur Auslegung, Überwachung und Streitbeilegung – auch darum, einen Mechanismus zur dynamischen Weiterentwicklung der Abkommen aufzusetzen. Dieser Mechanismus soll dem Vernehmen nach auf alle Abkommen anwendbar sein, welche Marktzugangsfragen regeln und auf dem unionalen Besitzstand beruhen (unten V.).

Besonderes Augenmerk verdient die Frage, ob die demokratischen Rechte bei der Übernahme von Rechtsakten beachtet werden. In der Tat ist die Schweiz nicht verpflichtet, Rechtsakte automatisch zu übernehmen. Auch in den Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen beharrt die Schweiz darauf, dass «*die schweizerische Souveränität und die innenpolitischen Entscheidungsprozesse respektier[t]*» werden.¹ Gleichzeitig schärfen die praktischen Beispiele den Blick dafür, dass eine tatsächliche Wahlfreiheit zeitweise nur auf dem Papier besteht. Illustrativ zeigt sich dies bei Weiterentwicklungen des Schengen/Dublin-Besitzstands. Ablehnungen wären hier mit einem unkalkulierbaren Risiko verbunden und könnten zum Dahinfallen der Abkommen führen, was mit Blick auf die Bedeutung der Assoziierung der Schweiz an diesen Regelwerken kaum ratsam scheint. Hier werden Anpassungen an das EU-Recht mitunter als faktisch alternativlos betrachtet. Das löst mit Blick auf das in der Schweiz gängige Demokratieverständnis Unbehagen aus.² Die Tatsache, dass die Schweiz über Mitwirkungsrechte bei der Ausarbeitung neuer Rechtsakte verfügt (*decision shaping*), vermag die Bedenken nicht zu kompensieren. Je nach Ausgestaltung des geplanten institutionellen Abkommens besteht die Gefahr, dass die demokratischen Rechte weiter ausgehöhlt werden und das demokratische Defizit zunimmt. Letztlich ist die faktische Delegation der Rechtsetzung in durchaus bedeutsamen Bereichen an den EU-Gesetzgeber der Preis, den die Schweiz dafür bezahlt, sektoriell mitgliedstaatsähnlich am supranationalen Integrationsprojekt der EU teilzunehmen, ohne sich institutionell den gemeinsamen Regeln zu unterwerfen.

II. Regelfall: Statischer Charakter der bilateralen Abkommen

A. Grundsätze

Die bilateralen Abkommen sind im Regelfall statischer Natur.³ Ein EU-Rechtsakt, welcher *qua* Verweis Bestandteil eines bilateralen Abkommens wird und damit «vervölkerrechtlich» auch im Verhältnis zur Schweiz verbindlich ist, gilt grundsätzlich in der Fassung, welche zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens in der EU einschlägig ist.⁴ Die Vertragsparteien sind nicht verpflichtet, neue EU-Rechtsakte in die Abkommen zu übernehmen. Es steht ihnen frei, eine Änderung der Abkommen in

¹ Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010 über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik (in Beantwortung des Postulats Markwalder [09.3560] «Europapolitik. Evaluation, Prioritäten, Sofortmassnahmen und nächste Integrationsschritte»), BBl 2010 7239 ff. (zit. Bericht Markwalder), 7243.

² S. zu Demokratietheorien im Allg. Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter, Allgemeines Staatsrecht, 5. A., Zürich 2013, 58–97; zum Demokratieprinzip und zu internationalisierungsbedingten Demokratieverlusten in der Schweiz grundlegend Oliver Diggelmann, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik: Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Bern 2005, 67–121.

³ Thomas Cottier et al., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, N 172; Christa Tobler/Jacques Beglinger, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-) Rechts Schweiz-EU, Band 1: Text, Zürich/St. Gallen 2013, N 57.

⁴ Dabei wird jeweils auf die Fundstelle im Amtsblatt der EU (ABl.) verwiesen; zeitweise wird die Verweisung mit einem ausdrücklichen Stichdatum versehen, s. Luzius Mader/Catherine Kropf, Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung: Vom Fotografieren und Filmen, in: Institut für Europarecht (Hrsg.), Die Schweiz und die europäische Integration, Zürich 2015, 69, 79–81.

die Wege zu leiten oder darauf zu verzichten. Der Verzicht auf eine Anpassung bleibt rechtlich ohne Konsequenzen. Gleichzeitig hängt das ordnungsgemässe Funktionieren diverser Abkommen offenkundig davon ab, dass im bilateralen Verhältnis die gleichen Regeln gelten wie in der EU. Es bedarf gemäss Bundesrat der *«regelmässige[n] Berücksichtigung der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts in den Bereichen, welche von den sektoriellen Abkommen gedeckt werden»*; ansonsten *«würden die Unterschiede der schweizerischen und gemeinschaftlichen Bestimmungen die einwandfreie Anwendung der betreffenden Abkommen verhindern»*.⁵ Folgerichtig verpflicht-

AJP 2017 S. 638, 640

ten diverse Abkommen die Vertragsparteien, sich über Änderungen des eigenen Rechts in abkommensrelevanten Bereichen zu unterrichten und einen Meinungsaustausch über die Auswirkungen der Änderungen auf das ordnungsgemässe Funktionieren des betroffenen Abkommens zu führen.⁶

Diverse Abkommen enthalten zudem vertragliche Regelungen oder einseitige Erklärungen der EU über die Beteiligung von Sachverständigen der Schweiz an den Arbeiten von (Komitologie-) Ausschüssen, Arbeitsgruppen und Verwaltungskommissionen, welche Bereiche behandeln, die auch im bilateralen Verhältnis relevant sind.⁷ Auf diese Weise erhalten die schweizerischen Vertreter Gelegenheit, im EU-Rechtssetzungsprozess beratend Einfluss zu nehmen (*decision shaping*); Stimmrechte besitzen die schweizerischen Vertreter naturgemäss nicht (*decision making*).

Die Schweiz zögert nicht, der Übernahme neuer EU-Rechtsakte bei Bedarf zuzustimmen und den bilateralen *Acquis* auf diese Weise periodisch anzupassen. Dabei finden in der Schweiz die einschlägigen internen Verfahren der Vertragsgebung Anwendung. Die Bundesversammlung genehmigt die Änderung völkerrechtlicher Verträge; ausnahmsweise fällt der Beschluss zur Weiterentwicklung in die Kompetenz des Bundesrates (Art. 166 Abs. 2 BV).⁸ Gegebenenfalls unterstehen

⁵ Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6128 ff., 6159.

⁶ S. etwa Art. 17 des Freizügigkeitsabkommens von 1999 (FZA, SR 0.142.112.681), Art. 23 Abs. 3 des Luftverkehrsabkommens von 1999 (LuftVA, SR 0.748.127.192.68), Art. 52 Abs. 3 des Abkommens über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse von 1999 (LandVA, SR 0.740.72), Art. 8 des Abkommens im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen von 2004 (ZinsBestA, SR 0.641.926.81), Art. 4 Abs. 4 des Abkommens über die Zusammenarbeit im Bereich der Statistik von 2004 (Statistika, SR 0.431.026.81).

⁷ S. etwa Art. 23 Abs. 2 LuftVA, Art. 52 Abs. 2 LandVA; die bilateralen Abkommen von 1999 enthalten durchwegs eine einseitige Erklärung des Rates zur Teilnahme der Schweiz an Ausschüssen, inkl. eines Verweises auf Art. 100 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWRA; dazu unten IV.A.); zum Ganzen Matthias Oesch/Christina Neier, Die Komitologie im Unionsrecht und die Schweiz, in: Eva-Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 59–72.

⁸ Gewisse Verträge übertragen dem Gemischten Ausschuss die Kompetenz, in eigener Regie Regelungen in den Anhängen zu ändern, s. Art. 18 FZA, Art. 55 Abs. 2 und Abs. 3 LandVA, Art. 23 Abs. 4 LuftVA, Art. 11 des Abkommens über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen von 1999 (LwA, SR 0.916.026.81), Art. 11 Abs. 4 des Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens von 1999 (AöB, SR 0.172.052.68), Art. 10 Abs. 5 des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen von 1999 (KonfBA, SR 0.946.526.81), Art. 4 Abs. 4 Statistik A, Art. 16 Abs. 3 des Abkommens über die Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur und EIONET von 2004 (UmweltA, SR 0.814.092.681), Art. 21 Abs. 2 des Abkommens über Zollerleichterungen und Zollsicherheit von 1990/2009 (ZollA, SR 0.631.242.05), Art. 20 Abs. 5 des Abkommens über die europäischen Satellitennavigationsprogramme von 2013 (SatellitennavigationA, SR 0.741.826.8); ein *Aide-mémoire* der Bundesverwaltung von 2007 (abgedruckt in Cottier et al. [FN 3], N 176–177) fasst die Vorgehensweise zur internen Vorbereitung von Beschlüssen der Gemischten Ausschüsse und die Kompetenzen zur Genehmigung von Beschlüssen zur Weiterentwicklung der Abkommen zusammen.

Genehmigungsbeschlüsse der Bundesversammlung dem fakultativen Staatsvertragsreferendum (Art. 141 Abs. 1 lit. d BV). Die meisten Anpassungen der bilateralen Abkommen betreffen Materien von beschränkter Tragweite und werden vom Bundesrat übernommen (Art. 7a RVOG). Entsprechende Anpassungen erfolgen in aller Regel problemlos und werden von einer breiteren Öffentlichkeit kaum beachtet. Gerade im Bereich technischer Vorschriften handelt es sich um Routinegeschäfte. Das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen von 1999 (KonfBA), das Landwirtschaftsabkommen von 1999 (LwA) und das Luftverkehrsabkommen von 1999 (LuftVA) wurden seit ihrer Inkraftsetzung dutzendfach geändert. Anpassungen an das EU-Recht, welche einer Zustimmung durch das Parlament bedürfen und dem Referendum unterstehen, sind selten.

B. Beispiel 1: Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG (Berufsqualifikationen)

Ein Beispiel für eine Befassung des Parlaments stellt die Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen in den Anhang III des Freizügigkeitsabkommens dar. Diese Übernahme offenbart anschaulich die praktischen Probleme, welche mit der statischen Ausgestaltung der bilateralen Abkommen einhergehen können.

Im September 2005 stellte die EU das System der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen den Mitgliedstaaten mit der Richtlinie 2005/36/EG auf eine neue Grundlage. Materiell übernahm die Richtlinie im Wesentlichen das bisher geltende Recht; punktuelle Verbesserungen betrafen die Vereinfachung der Dienstleistungserbringung. Den Mitgliedstaaten wurde eine Frist von zwei Jahren eingeräumt, um die Richtlinie umzusetzen. Nach Ablauf dieser Frist, d.h. im Oktober 2007, wurden die alten Richtlinien aufgehoben – vorderhand selbstredend nur mit Wirkung für das EU-Recht, während sie im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU weiterhin gültig waren. Inoffiziell war seit 2005 absehbar, dass sich die Schweiz der (möglichst zeitnahen) Übernah-

AJP 2017 S. 638, 641

me der neuen Richtlinie 2005/36/EG in das Freizügigkeitsabkommen nicht würde widersetzen können, um das ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens nicht zu gefährden.⁹ Im Juni 2008 gab der Bundesrat grünes Licht für die Vorarbeiten zur Übernahme und Umsetzung der Richtlinie in der Schweiz.¹⁰ Die Verhandlungen mit der EU gestalteten sich in der Folge allerdings unerwartet harzig. Erst im September 2011 stimmte der Gemischte Ausschuss der Übernahme der Richtlinie in den Anhang III FZA vorbehaltlich des Abschlusses des internen Genehmigungsverfahrens in der Schweiz zu.¹¹ Die definitive Inkraftsetzung bedurfte der Genehmigung durch das Parlament; zudem erforderte die Umsetzung den Erlass eines Bundesgesetzes.¹² Der

⁹ Ähnlich Frédéric Berthoud, Die Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, Zürich 2007, N 84; zum Ganzen auch Matthias Oesch, *Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, SZIER 2011, 583, 615–616.

¹⁰ Pressemitteilung vom 18. Juni 2008: Die Schweiz übernimmt neue europäische Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, Internet: <https://www.sbf.admin.ch> und Link zu Medieninformationen (Abruf 31.1.2017).

¹¹ Beschluss 2/2011 des Gemischten Ausschusses über die Änderung von Anhang III FZA.

¹² Botschaft vom 4. April 2012 zur Genehmigung des Beschlusses Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz zum Freizügigkeitsabkommen (Änderung von Anhang III des Abkommens, gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) und zur Umsetzung des Beschlusses (Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen), BBl 2012 4401 ff., 4428.

Bundesrat leitete seine Botschaft von 2012 wie folgt ein: *«Im Bereich der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen zwischen der Schweiz und der EU sind aufgrund von Weiterentwicklungen des EU-Rechts Anpassungen im Anhang III des Freizügigkeitsabkommens erforderlich.»*¹³ Auch in den parlamentarischen Beratungen wurde die Anpassung einhellig als unumgänglich betrachtet.¹⁴ Gewisse Votantinnen und Votanten betonten, dass die Übernahme der Richtlinie und ihre Umsetzung im schweizerischen Recht allein integrationspolitisch motiviert waren und kein Raum für eine eigenständige Politikgestaltung verblieb. Nationalrätin Hildegard Fässler-Osterwalder wies den Rat nachdrücklich darauf hin, *«dass wir hier eine reine Nachvollzugsübung bezüglich des EU-Rechts machen»*.¹⁵ Im Dezember 2012 genehmigte das Parlament die Übernahme der Richtlinie in den Anhang III FZA und stimmte der Umsetzungsgesetzgebung zu. Das Referendum wurde nicht ergriffen. Im September 2013 wurden die neuen Regeln in Kraft gesetzt, also knapp sechs Jahre später als im europäischen Ausland.

Die Hausaufgaben waren damit erledigt – zeitverzögert und formell unter *«Wahrung der Souveränität der Schweiz und ihrer innerstaatlichen Entscheidungsverfahren»*.¹⁶ Der Preis dafür war allerdings ein nicht unerheblicher: Während Jahren galten bilateral weiterhin die in der EU längst überholten Rechtsakte, für die in den EU-Mitgliedstaaten keine Umsetzungsvorschriften mehr bestanden. Ein solches *«Interregnum»* gefährdet das reibungslose Funktionieren des Abkommens und ist der Rechtssicherheit abträglich.¹⁷ Das ist für Behörden und Wirtschaftsteilnehmende gleichermaßen unbefriedigend.

C. Beispiel 2: Nicht-Übernahme der Richtlinie 2004/38/EG (Freizügigkeit)

Ausnahmsweise ist die Schweiz nicht bereit, eine von der EU gewünschte Anpassung der Abkommen mitzutragen. So fordert die EU von der Schweiz seit Jahren, die Aufnahme der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG in das Freizügigkeitsabkommen vorzubereiten. Sie argumentiert, diese Richtlinie fasse im Wesentlichen die bisherigen Regelungen im Bereich der Personenfreizügigkeit zusammen und sei damit eine Weiterentwicklung von Rechtsakten, welche auch im bilateralen Verhältnis gelten (Art. 4 und Art. 5 Anhang I FZA). Die Schweiz lehnt Verhandlungen zur Übernahme ab, weil damit zusätzliche Ansprüche namentlich im Bereich der Sozialhilfe und des Familiennachzugs begründet würden; sie hält die geltenden Regeln *«für genügend»*.¹⁸ Des Weiteren stört sich die Schweiz unterschwellig wohl auch daran, dass die Richtlinie Freizügigkeitsrechte von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen regelt und umgangssprachlich als Unionsbürgerrichtlinie bezeichnet wird. In der Tat ist die Unionsbürgerschaft ein Institut, welches zur *«Schaffung*

AJP 2017 S. 638, 642

¹³ Ibid., 4402.

¹⁴ AB 2012 S 867 ff., AB 2012 N 2034 ff.

¹⁵ AB 2012 N 2037; sie fuhr fort: *«So viel zu unserer Selbstständigkeit; so viel zum Mythos, wir könnten in der Schweiz machen, was wir wollen, auch wenn wir nicht in der EU sind; so viel zum vielbeschworenen Schweizer Unabhängigkeitsweg des bilateralen Pfades.»*

¹⁶ Bericht Markwalder (FN 1), 7298, zur Haltung der Schweiz, jeglichen Automatismus bei der Übernahme von Weiterentwicklungen zu vermeiden, im Allgemeinen.

¹⁷ Zurzeit steht die Übernahme der nächsten Weiterentwicklung der Diplomanerkennungsrichtlinie (Richtlinie 2013/55/EU zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG) zur Debatte; die Vorbereitungen dazu wurden nach der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV) dem Vernehmen nach auf Eis gelegt.

¹⁸ Pressemitteilung des SEM vom 14. Juni 2011; s. auch Pressemitteilung des EDA vom 18. Dezember 2013.

einer immer engeren Union der Völker Europas» (Präambel zum EUV) beiträgt und auf die Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten Anwendung findet, im Verhältnis zu einem Drittstaat aber naturgemäss nicht einschlägig sein kann.

Völkerrechtlich ist die Schweiz nicht verpflichtet, der EU entgegenzukommen und auf Verhandlungen einzutreten. Auf einem anderen Stern steht geschrieben, ob sich die Schweiz dem Ansinnen der EU auf Dauer tatsächlich zu widersetzen vermag. Denkbar wäre, eine auf die Natur und die Besonderheiten des Freizügigkeitsabkommens zugeschnittene Lösung anzuvisieren und die Freizügigkeitsrichtlinie entsprechend *«abzuspecken»*.¹⁹ Auf alle Fälle würde die Übernahme der Freizügigkeitsrichtlinie eine formelle Änderung des Freizügigkeitsabkommens nötig machen. Das letzte Wort läge in der Schweiz beim Parlament sowie gegebenenfalls, d.h. im Rahmen eines Referendums, beim Stimmvolk.

D. Bewertung

Im Ergebnis wird das Kardinalsprinzip, wonach die Abkommen rein statischer Natur sind und für die Schweiz keine dynamische Teilnahme am Integrationsprozess der EU begründen, in der Praxis relativiert. Das Ziel, auch im bilateralen Verhältnis binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen und zu diesem Zweck wesentlich auf den unionalen Besitzstand abzustellen, wird faktisch nur durch eine systematische Anpassung an das massgebliche EU-Recht erreicht. Grundsätzlich hat das geltende System in den letzten Jahren gut funktioniert. Nur vereinzelt hat sich der Übernahmeprozess übermässig lange verzögert. Das ist – wie bei der schleppenden Übernahme der Richtlinie 2005/36/EG in den Anhang III FZA – bedauerlich, führt aber nicht zu dramatischen Resultaten, solange es sich dabei um Ausnahmefälle handelt. Problematisch ist, dass die EU ihrerseits vermehrt darauf bedacht zu sein scheint, den Übernahmeprozess zu verzögern. Der Bundesrat stellte anfangs 2017 fest, *«im aktuellen Umfeld der Beziehungen Schweiz-EU»* würden Anpassungen etwa des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (KonfBA) *«mehr Zeit als üblich»* benötigen, und betonte: *«Der Bundesrat hat sein Missfallen über diese Haltung der EU klargemacht und erwartet, dass sie 2017 zu einer Normalisierung Hand bietet.»*²⁰ Die EU dürfte damit bezweckt haben, Druck aufzubauen für eine FZA-kompatible Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV) sowie – mutmasslich – für ein Entgegenkommen der Schweiz in den Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen.

Die Schweiz entscheidet autonom, ob ein neuer EU-Rechtsakt einen abkommensrelevanten Bereich betrifft und das Übernahmeverfahren in die Wege geleitet werden soll. Die demokratischen Rechte bleiben gewahrt. Bundesrat, Parlament und gegebenenfalls das Stimmvolk behalten im Rahmen ihrer Zuständigkeiten das letzte Wort. Eine Nichtübernahme einer Weiterentwicklung des unionalen Besitzstandes – wie im Fall der Freizügigkeitsrichtlinie – führt zu einem Meinungsaustausch im Gemischten Ausschuss. Rechtlich hat die Schweiz keine Konsequenzen zu gewärtigen.

¹⁹ Auch die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten Island, Liechtenstein und Norwegen standen der Aufnahme der Freizügigkeitsrichtlinie in das EWR-Abkommen anfänglich skeptisch gegenüber, akzeptierten diesen Schritt aber schliesslich einhellig; dabei wurden gewisse – auffällig offen formulierte – Anpassungen vereinbart (Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 betr. Übernahme der Richtlinie 2004/38/EG inkl. gemeinsamer Erklärung der Vertragsparteien).

²⁰ Aussenpolitischer Bericht 2016 vom 11. Januar 2017, 73; Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2016 und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifäre Massnahmen im Jahr 2016 vom 11. Januar 2017, 54; s. auch Stefan Bühler, Brüssel spielt mit harten Bandagen, NZZaS vom 5.2.2017, 10; Simon Gemperli, «Fremde Richter» beschäftigen nicht nur die Schweiz, NZZ vom 21.2.2017, 15.

III. Schengen/Dublin: Dynamische Weiterentwicklung

A. Grundsätze

Die Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen (SAA²¹, DAA²²) enthalten spezifische Regeln zur dynamischen Übernahme von EU-Recht.²³ Die Begründung dafür liegt in der speziellen Natur der Abkommen. Die vom Schengen/Dublin-System abgedeckten Bereiche Grenzkontrollen, Verbrechensbekämpfung und Asyl sind in besonderem Mass neuen Herausforderungen unterworfen. Der Schengen/Dublin-Besitzstand entwickelt sich naturgemäss weiter und wird evolutiv durch neue Rechtsakte

AJP 2017 S. 638, 643

ergänzt.²⁴ Soweit Drittstaaten am Schengen/Dublin-System assoziiert werden, ist es naheliegend, dass die EU von diesen Staaten verlangt, Hand zu bieten für eine zeitnahe Übernahme der Weiterentwicklungen. Andernfalls wäre das ordnungsgemässe Funktionieren des Systems gefährdet.²⁵ Die Bereitschaft, Weiterentwicklungen dynamisch zu übernehmen, gilt – zumindest gemäss bundesrätlicher Botschaft von 2004 – umso mehr, als «[d]ie künftigen Weiterentwicklungen des Schengen/Dublin-Besitzstands (...) im Übrigen voraussehbar [sind] und (...) nicht zu grundlegenden Änderungen der bestehenden Zusammenarbeit führen [dürfen].»²⁶

Das Übernahmeverfahren und die Konsequenzen einer Nichtübernahme sind für beide Abkommen im Wesentlichen dieselben (Art. 2 und Art. 7 SAA, Art. 1 Abs. 3 und Art. 4 DAA). Die EU notifiziert der Schweiz neue abkommensrelevante Rechtsakte unverzüglich. Die Schweiz verfügt sodann über eine Frist von maximal zwei Jahren, um der EU die definitive Genehmigung der Übernahme mitzuteilen (ohne dass der jeweilige Gemischte Ausschuss über die Übernahme zu befinden hat). Die Zweijahresfrist ist so berechnet, dass die Genehmigung nach Massgabe der «verfassungsrechtlichen Voraussetzungen» erfolgen kann, d.h. inklusive eines allfälligen Referendums gegen einen Genehmigungsbeschluss des Parlaments. Die Schweiz ist gehalten, einen Rechtsakt bis zur definitiven Genehmigung «wenn möglich» vorläufig anzuwenden. Sofern die Schweiz der Übernahme eines Rechtsaktes nicht fristgerecht zustimmt und sich der Gemischte Ausschuss innert 90 Tagen nicht auf eine einvernehmliche Lösung einigt, gilt das betroffene Abkommen – und kraft Verknüpfung der beiden Abkommen auch das andere (Art. 15 Abs. 4 SAA, Art. 14 Abs. 2 DAA) – als beendet.²⁷

²¹ SR 0.362.31.

²² SR 0.142.392.68.

²³ Auch das Zolla enthält spezifische Vorgaben zur Übernahme neuer EU-Rechtsakte. Sofern die Schweiz der Übernahme eines Rechtsaktes nicht zustimmt und die Gleichwertigkeit der zollrechtlichen Sicherheitsmassnahmen nicht mehr gewährleistet ist, kann die EU angemessene Ausgleichsmassnahmen inkl. der Aussetzung der Anwendung gewisser Bestimmungen ergreifen; es ist möglich, die Verhältnismässigkeit solcher Massnahmen durch ein Schiedsgericht überprüfen zu lassen (Art. 29 Zolla).

²⁴ Botschaft vom 1. Oktober 2004 zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004 5965 ff. (zit. Botschaft Bilaterale II), 6130.

²⁵ Die Schweiz und die EU waren sich in den Verhandlungen zudem einig, dass sich die Assoziierung der Schweiz an den Abkommen mit Island und Norwegen orientieren sollte; dazu Georges Baur, Die EWR/EFTA-Staaten im Schengen/Dublin-System, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis: Aktuelle Fragen, Zürich/St. Gallen 2015, 27, 30–31; Paul-Lukas Good, Die Schengen-Assoziierung der Schweiz, Lachen 2010, 45; Botschaft Bilaterale II (FN 24), 6066, 6069.

²⁶ Botschaft Bilaterale II (FN 24), 6130.

²⁷ Eine Ausnahme zur strikten Folge der Beendigung des SAA besteht für den Fall einer Änderung des Prinzips der doppelten Strafbarkeit (Art. 51 des Schengener Durchführungsübereinkommens

Als «*institutionelle[s] Gegengewicht*»²⁸ zur Verpflichtung, Weiterentwicklungen dynamisch zu übernehmen, verfügt die Schweiz über Mitwirkungsrechte bei der Ausarbeitung neuer Rechtsakte. Gemäss Art. 6 SAA zieht die Kommission bei der Erarbeitung von Vorschlägen für neue Rechtsvorschriften in einem Bereich, der unter das Schengen-Assoziierungsabkommen fällt, Sachverständige aus der Schweiz informell gleichermaßen zurate, wie sie Sachverständige aus den Mitgliedstaaten zurate zieht.²⁹ Es hat sich zudem eingebürgert, dass die assoziierten Schengen-Staaten an den Beratungen in den Ratsarbeitsgruppen teilnehmen; auch vor der formellen Beschlussfassung auf Ministerstufe – im Normalfall im JI-Rat (Tagung der Justiz- und Innenminister) – hat die Schweiz die Möglichkeit, Stellung zu beziehen.³⁰ Die Beteiligung der Schweiz am Komitologiesystem wird ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt. Dessen ungeachtet nimmt die Schweiz seit Abschluss des Abkommens in der einen oder anderen Form an (Komitologie-) Verfahren zum Erlass von Durchführungsrechtsakten teil.³¹ Die Modalitäten dieser Beteiligung wurden 2011 vertraglich vereinbart.³² In dieser Vereinbarung verpflichtet sich die EU, die assoziierten Schengen-Staaten als Beobachter an der Arbeit der Komitologieausschüsse zu beteiligen. Gemäss Art. 3 DAA findet im Gemeinsamen Ausschuss ein Meinungsaustausch über die Ausarbeitung von Rechtsakten und Massnahmen zur Änderung der vom Dublin-Assoziierungsabkommen erfassten Rechtsakte statt. Art. 2 Abs. 6 DAA sieht «*je nach Bereich so weitgehend wie möglich*» die Teilnahme von Sachverständigen der Schweiz bei der Ausarbeitung von Entwürfen von Durchführungsrechtsakten durch die Kommission vor. Eine formelle Beteiligung in den Komi-

AJP 2017 S. 638, 644

tologieausschüssen selbst ist nicht vorgesehen; es bleibt bei einer indirekten Einflussnahme.

Seit der Unterzeichnung des Schengen-Assoziierungsabkommens im Oktober 2004 wurden der Schweiz knapp 200 Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands notifiziert.³³ Im Vordergrund standen Neuerungen beim Schengener Grenzkodex (SGK) und beim Schengener Informationssystem (SIS), die Beteiligung an der Europäischen Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Aussengrenzen der Mitgliedstaaten der EU (FRONTEX), an der Europäischen Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Grosssystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (IT-Agentur) und am Aussengrenzenfonds, die Einführung des Visa-Informationssystems (VIS), datenschutzrechtliche Novellierungen und die Übernahme

vom 19. Juni 1990; SDÜ) im Bereich der direkten Steuern (Art. 7 Abs. 5 SAA).

²⁸ Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Hans Fehr 10.3857 vom 1. Oktober 2010: Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs vom 7. Juni 2013, BBl 2013 6319 ff. (zit. Bericht Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs), 6332.

²⁹ S. umfassend zur Teilnahme der Schweiz an der Entscheidungsfindung in der EU bei der Weiterentwicklung des Schengen-*Acquis* Good (FN 25), 105–166.

³⁰ Baur (FN 25), 35.

³¹ S. dazu Bericht Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs (FN 28), 6332–6333; Susanne Gutzwiller, Komitologie und Gemischte Ausschüsse im Rahmen der Assoziierung der Schweiz an Schengen/Dublin, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen, Genf 2006, 245, 248.

³² Vereinbarung vom 22. September 2011 zwischen der Europäischen Union sowie der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Beteiligung dieser Staaten an der Arbeit der Ausschüsse, die die Europäische Kommission bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse in Bezug auf die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands unterstützen (SR 0.362.11).

³³ Gemäss Direktion für europäische Angelegenheiten DEA (Informationsblatt zu Schengen/Dublin, Stand November 2016, Internet: <https://www.eda.admin.ch/dea> [Abruf 31.1.2017]) waren es 185 Weiterentwicklungen bis November 2016.

der Rückführungsrichtlinie. Gestützt auf das Dublin-Assoziierungsabkommen wurden der Schweiz bis anhin drei Weiterentwicklungen notifiziert. Dabei ging es vor allem um die Übernahme der Dublin III- und Eurodac II-Verordnungen. Die Schweiz hat alle diese Weiterentwicklungen akzeptiert.³⁴ Bei rund 20 % der Weiterentwicklungen handelte es sich um Massnahmen ohne verbindlichen Charakter; der Bundesrat oder das zuständige Departement nahmen mittels diplomatischer Note Kenntnis davon. Rund 63 % der Weiterentwicklungen waren technischer Natur oder betrafen in sonstiger Weise Materien von beschränkter Tragweite; ihre Genehmigung fiel in die Kompetenz des Bundesrates. Nur in rund 17 % der Weiterentwicklungen bedurfte es der Zustimmung des Parlaments. In bundesrätlichen Botschaften zu Genehmigungsbeschlüssen des Parlaments wird regelmässig darauf hingewiesen, dass die Weiterentwicklungen *«grundsätzlich zu übernehmen»* sind; eine Nichtübernahme kann *«im Extremfall»* zur Beendigung der Abkommen führen.³⁵ Eine nuancierte Beurteilung des Spielraums bei einer Nichtübernahme mit Blick auf den konkret zur Debatte stehenden Rechtsakt sucht man demgegenüber vergeblich. Das ist bedauerlich. Es wäre für die Volksvertreterinnen und Volksvertreter sowie gegebenenfalls das Stimmvolk durchaus hilfreich zu erfahren, ob bei einer Nichtübernahme *«weitere Möglichkeiten zur Sicherung des ordnungsgemässen Funktionierens [des] Abkommens»* bestehen mögen, welche auch von der EU akzeptiert werden könnten (Art. 4 Abs. 7 DAA), oder ob eine Nichtübernahme quasi automatisch zur Beendigung der Abkommen führen würde.

Der Entscheid, ob ein Rechtsakt eine Weiterentwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands darstellt, welche von der Schweiz zu übernehmen ist, obliegt faktisch allein der EU. In den Erwägungsgründen der Rechtsakte wird jeweils auf die Schengen- und/oder Dublin-Relevanz hingewiesen.³⁶ Bei Bedarf kann die Schweiz im Rahmen des *decision shaping* zwar versuchen, die EU von einer gegenteiligen Haltung zu überzeugen; das letzte Wort liegt aber bei der EU. Bis heute waren entsprechende Einstufungen soweit ersichtlich nicht umstritten. Es ist aber durchaus vorstellbar, dass die Schweiz damit in einem künftigen Fall nicht einverstanden sein mag.

B. Beispiel 1: Übernahme der Verordnung (EG) 22/2004 (Biometrische Pässe)

Bis anhin wurde ein einziges Mal das fakultative Referendum gegen einen Beschluss des Parlaments zur Genehmigung und Umsetzung einer Weiterentwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands ergriffen. Die Verordnung (EG) Nr. 22/2004 verpflichtete die EU-Mitgliedstaaten, nur noch Pässe und Reisedokumente mit elektronisch gespeicherten und lesbaren biometrischen Daten auszustellen.³⁷ Diese

³⁴ S. für die nachfolgenden statistischen Zahlen Direktion für europäische Angelegenheiten DEA, Präsentation zu Schengen/Dublin, Februar 2017, Folie 29, Internet: <https://www.eda.admin.ch/dea> (Abruf 28.2.2017) und Link zu Bilaterale Abkommen.

³⁵ S. etwa Botschaft vom 13. Februar 2008 über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft betreffend die Übernahme der Verordnung zur Errichtung von FRONTEX und der RABIT-Verordnung (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands), BBl 2008 1455 ff., 1456, 1471.

³⁶ S. etwa Erwägungsgründe 13 und 14 der Verordnung 22/2004 (dazu unten III.B.); demgegenüber wurde etwa die Einführung des Europäischen Haftbefehls für die assoziierten Drittstaaten nicht als Schengen-relevant erachtet, wenngleich dadurch (auch) das Übereinkommen von Schengen geändert wurde (Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates).

³⁷ Botschaft vom 8. Juni 2007 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EG) Nr. 22/2004 über biometrische Pässe und Reisedokumente (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands), BBl 2007 5159. – Kurz vor der Inkraftsetzung der Regelung in der EU hatten auch die Vereinigten Staaten entschieden, dass nur noch ausländische Staatsangehörige mit biometrischen Pässen visumsfrei einreisen können (*visa waiver program*).

Verordnung stellte auch für die assoziierten Drittstaaten eine Schengen-relevante Weiterentwicklung dar (Erwägungsgründe 13 und 14).

Der Bundesrat fasste in seiner Botschaft an das Parlament das Übernahmeverfahren des Schengen-Assoziierungsabkommens und das Vorgehen bei einer Nichtüber-

AJP 2017 S. 638, 645

nahme zusammen. Auf weitergehende Erwägungen über die *in casu* wohl zu erwartenden Konsequenzen bei einer Ablehnung verzichtete er. In den parlamentarischen Beratungen dominierte die Meinung, dass sich die Schweiz diesen internationalen Entwicklungen nicht verschliessen könne und ein Abseitsstehen keine valable Alternative darstellen würde; unterschiedliche Auffassungen bestanden allein mit Blick auf die konkrete Umsetzung der unionalen Vorgaben in der Schweiz.³⁸ In seinen Ausführungen zur Volksabstimmung, im sog. Bundesbüchlein, stellte der Bundesrat kurz und bündig fest: *«Die Einführung von E-Pässen schafft [...] die Voraussetzung dafür, dass [...] die Schweiz nicht wieder aus dem Schengen-Raum ausgeschlossen wird.»*³⁹ Einige Seiten weiter hinten meinte er weniger apodiktisch: *«Lehnt [die Schweiz die Übernahme] ab, besteht die Gefahr, dass die für die Schweiz wichtigen Assoziierungsabkommen von Schengen und Dublin ausser Kraft treten.»*⁴⁰ Das Referendumskomitee begründete die ablehnende Haltung damit, dass die Umsetzungsgesetzgebung eine zentrale Speicherung der Daten vorsehe, obwohl dies durch die neue EU-Verordnung nicht vorgeschrieben werde, und folgerte: *«Das Schengen-Abkommen ist bei einem Nein nicht unmittelbar gefährdet. Der Bundesbeschluss geht weit über die Forderungen von Schengen hinaus.»*⁴¹

Im Mai 2009 stimmten 50,1 % der abstimmenden Stimmbürgerinnen und Stimmbürger für die Übernahme der Verordnung (EG) Nr. 22/2004 und die Umsetzungsgesetzgebung.⁴² Bei einer Ablehnung – es fehlten nur rund 5'600 Stimmen – wäre die Weiterführung der Schengen/Dublin-Abkommen ernsthaft gefährdet gewesen.⁴³ Es ist kaum vorstellbar, dass die EU eine Weiterführung der Assoziierung der Schweiz akzeptiert hätte, wenn die Schweiz als einziger Schengen-Staat das zentrale Ziel der neuen EU-Verordnung, in Bezug auf biometrische Daten für Pässe und Informationssysteme (VIS und SIS II) einen kohärenten Ansatz zu verfolgen und einheitliche Sicherheitsstandards zum Schutz vor Fälschungen zu schaffen, unterlaufen und das ordnungsgemässe Funktionieren des Systems entsprechend gefährdet hätte.⁴⁴ Das Stimmvolk war folglich (auch) aufgerufen, über das Schicksal der Schengen/Dublin-Assoziierung zu befinden. Diese Frage stand so aber nicht auf dem Stimmzettel.

³⁸ AB 2007 S 1051 ff., AB 2007 N 217 ff.

³⁹ Volksabstimmung vom 17. Mai 2009, Erläuterungen des Bundesrates, 15.

⁴⁰ Ibid., 17.

⁴¹ Ibid., 19.

⁴² Das BGer wies in der Folge diverse Abstimmungsbeschwerden u.a. mit der Begründung ab, dass das eidgenössische Resultat zwar relativ knapp ausgegangen sei, aber jedenfalls nicht derart knapp, dass die verlangte Nachzählung vorgenommen werden müsse (BGer, 1C_241/2009, 1.10.2009; BGer, 1C_3/2009, 1.10.2009; BGer, 1C_275/2009, 1.10.2009).

⁴³ Denkbar wäre allenfalls gewesen, den Genehmigungsprozess nochmals aufzurollen und bei der Umsetzungsgesetzgebung auf die in der Volksabstimmung durchgefallenen Elemente soweit wie möglich zu verzichten (sofern ein solches Vorgehen als politisch «opportun» erachtet worden wäre).

⁴⁴ S. zu diesen Zielen Verordnung (EG) Nr. 22/2004, Erwägungsgründe 1 und 2.

C. Beispiel 2: Geplante Übernahme der Neufassung der Richtlinie 91/477/EWG (Feuerwaffen)

Der Rat und das Europäische Parlament werden im Frühsommer 2017 diverse Änderungen der Richtlinie 91/477/EWG über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen (Feuerwaffenrichtlinie) verabschieden.⁴⁵ Die Neufassung – welche durch die Europäische Sicherheitsagenda von April 2015 vorgespurt wurde und nach den Terroranschlägen in Paris von November 2015 noch an Dringlichkeit gewann – bezweckt, das Waffenrecht zu verschärfen, d.h., den Erwerb von Feuerwaffen zu erschweren, sie besser zurückzuverfolgen und ihren Besitz strenger zu kontrollieren. Die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten wird ausgebaut. Die Deaktivierung von Feuerwaffen und der Internethandel werden geregelt. Der Besitz von gewissen halbautomatischen Waffen für die Jagd oder den Schiesssport steht Privatpersonen weiterhin offen, sofern sie über eine Genehmigung verfügen. Sammler und Museen müssen, in gleicher Weise wie Privatpersonen, Genehmigungen für den Erwerb von Feuerwaffen vorlegen. Die Neufassung ist auch für die assoziierten Mitgliedstaaten Schengen-relevant (Erwägungsgründe 35–37).

Für die Schweiz ist die Neufassung der Feuerwaffenrichtlinie in zweierlei Hinsicht bemerkenswert. Zum einen ist es der Schweiz gelungen, den Inhalt der neuen Richtlinie aktiv mitzugestalten. Sie überzeugte die Vertreter der anderen Mitgliedstaaten davon, eine spezifisch auf die Verhältnisse in der Schweiz zugeschnittene – wenngleich allgemein formulierte – Bestimmung aufzunehmen und damit gleichsam einen «*Swiss Finish*» zu installieren. Gemäss Art. 6 Abs. 6 der Richtlinie können «*Mitgliedstaaten, in denen allgemeine Wehrpflicht herrscht und in denen seit über 50 Jahren ein System der Weitergabe militärischer Feuerwaffen an Personen besteht, die die Armee nach Erfüllung ihrer Wehrpflicht verlassen, an diese*

AJP 2017 S. 638, 646

Personen in ihrer Eigenschaft als Sportschützen eine Genehmigung erteilen, eine während des Wehrdienstes benutzte Feuerwaffe zu behalten.» Die zuständige Behörde überprüft in regelmässigen Abständen, ob diese Personen keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen. Diese Personen müssen zudem Mitglieder eines Schützenvereins sein und aktiv am Schiesssport teilnehmen. Die Schweiz wird folglich nicht darum herumkommen, das Waffenrecht anzupassen. Immerhin konnte ein umfassendes Verbot von halbautomatischen Feuerwaffen – wie von der Kommission ursprünglich vorgeschlagen – abgewendet werden. Zum anderen ist absehbar, dass die Übernahme der Änderungsrichtlinie und die Umsetzung im schweizerischen Recht umstritten sein werden. Es ist zu erwarten, dass das Parlament dafür zuständig sein wird. Mehrere Verbände wie auch Bundesparlamentarierinnen und -parlamentarier haben bereits angekündigt zu gegebener Zeit das Referendum zu ergreifen.⁴⁶ Damit steht die Schweiz vor einer weiteren schicksalhaften Abstimmung, sofern gegen den – wohl zu erwartenden – Genehmigungsbeschluss des Parlaments das Referendum ergriffen wird. Die Weiterführung der Schengen/Dublin-Abkommen wäre einmal mehr ernsthaft gefährdet. Die EU könnte bei einem negativen Ausgang einer Volksabstimmung mit guten Gründen argumentieren, dass eine Nichtübernahme der Änderungen der Feuerwaffenrichtlinie durch die Schweiz das ordnungsgemässe

⁴⁵ Das Europäische Parlament hat den Änderungen am 14.3.2017 zugestimmt; der Rat wird dies voraussichtlich im April 2017 tun.

⁴⁶ S. proTELL-Info 3/2016, Internet: <https://www.protell.ch> (Abruf 31.1.2017); Niklaus Nuspliger, Schweiz blüht heikle Revision des Waffenrechts, NZZ vom 21.12.2016, 14; Stefan Bühler, Schützen provozieren Schengen-Showdown, NZZaS vom 12.3.2017, 15; s. auch Motion 17.3152 vom 13. März 2017 «Der Bundesrat darf die Verschärfung des EU-Waffenrechts nicht unterzeichnen», eingereicht von NR Werner Salzmann; Interpellation 17.3255 vom 17. März 2017 «Vereinbarkeit der Schweizer Schiesstradition mit der EU-Waffenrichtlinie», eingereicht von SR Philipp Müller.

Funktionieren des Schengen-Abkommens gefährden würde. Die Verschärfung des Waffenrechts ist eine unmittelbare Reaktion auf die geänderte Sicherheitslage in Europa. Es wäre kaum opportun, wenn ein assoziierter Mitgliedstaat hier ausscheren würde.

D. Bewertung

Das letzte Wort über die Übernahme von Weiterentwicklungen des Schengen/Dublin-Besitzstands liegt in der Schweiz beim Bundesrat, Parlament oder Stimmvolk. Die verfassungsmässigen Verfahren für die Genehmigung und Umsetzung von Staatsverträgen sind «*uneingeschränkt*» anwendbar; es besteht «*kein Übernahmeautomatismus*».⁴⁷ Gleichzeitig findet der Übernahmeprozess unter speziellen Bedingungen statt. Die weitreichenden Konsequenzen, welche bei einer Nichtübernahme drohen, führen dazu, dass die Schweiz faktisch nur die Wahl hat, eine von der EU notifizierte Weiterentwicklung *tel quel* zu akzeptieren oder die Beendigung der Schengen/Dublin-Assoziierung in Kauf zu nehmen. Bis heute fehlen Präjudizien, unter welchen Voraussetzungen die EU bei einem negativen Übernahmeentscheid der Schweiz helvetische Sonderregelungen akzeptieren mag. Es ist davon auszugehen, dass die EU dies nicht leichtthin tun wird – insbesondere dann nicht, wenn ein Ausscheren eines assoziierten Staats das ordnungsgemässe Funktionieren des Schengen/Dublin-Systems insgesamt gefährden würde. Entsprechend wird die Entscheidungsautonomie der Schweiz eingeschränkt. Ein Dahinfallen der Schengen/Dublin-Assoziierung scheint kaum ratsam. Die Beteiligung der Schweiz an diesen Regelwerken wird weitem – und zu Recht – als bedeutsam erachtet. Die Herausforderungen der stark angestiegenen Migration lassen sich kaum mehr autonom bewältigen. Auch die Verbrechensbekämpfung bedarf zwingend einer paneuropäischen Koordination und Kooperation. Die Abschaffung von Personenkontrollen an den Binnengrenzen ist mit mancherlei Vorteilen verbunden. Das einheitliche Schengen-Visum ist für den Schweizer Tourismus wichtig.

Diese Sachzwänge sind Bundesrat und Parlament durchaus bewusst. Sie stimmen Weiterentwicklungen mitunter auffällig lustlos zu. Sie zeichnen für den Inhalt ja auch nicht direkt verantwortlich und können gegebenenfalls einzig bei der Umsetzungsgesetzgebung eigene Akzente setzen. Das ist demokratietheoretisch problematisch. Es handelt sich um «*Alles-oder-Nichts-Entscheidungen*»; mit Blick auf die fortlaufend höher werdenden Opportunitätskosten stellt eine Ablehnung einer Weiterentwicklung faktisch keine valable Handlungsoption dar.⁴⁸ Fraglich ist, ob Ähnliches auch für das Stimmvolk gilt. Erfahrungsgemäss geben weder die in einem Referendum gestellte Abstimmungsfrage («*Wollen Sie den Bundesbeschluss vom ... über die Genehmigung und Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend ... [Weiterentwicklung des Schengen- und/oder Dublin-Besitzstands] annehmen?*») noch die Er-

AJP 2017 S. 638, 647

läuterungen im Bundesbüchlein über diese Sachzwänge hinreichend Aufschluss. Entsprechend besteht nicht nur die Tendenz, dass die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger allein die «*frustrierende Wahl zwischen Akklamation und destruktiver Opposition*»⁴⁹ haben, sondern – gleichsam umgekehrt – auch die Gefahr, dass die Weiterführung der Schengen/Dublin-Assoziierung mitunter leichtsinnig aufs Spiel

⁴⁷ Bericht Konsequenzen des Schengen-Anpassungszwangs (FN 28), 6380.

⁴⁸ Lorenz Langer, Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge, in: Andreas Glaser/Lorenz Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation: Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2015, 21, 48.

⁴⁹ Diggelmann (FN 2), 117, zu den Demokratieeinbussen im Zug der fortschreitenden Anlehnung der Schweiz an die EU im Allg.

gesetzt werden könnte, nur weil eine spezifische Weiterentwicklung als nicht sachgerecht betrachtet wird. Wer gefragt wird, darf durchaus nein sagen; andernfalls wäre es unredlich, eine Wahlfreiheit vorzugaukeln.

Kompensatorisch zur faktisch mitunter als alternativlos betrachteten Übernahme von Weiterentwicklungen des Schengen/Dublin-Besitzstands beteiligen sich schweizerische Vertreter rege an den Arbeiten in den Gemischten Ausschüssen und in den unionalen Experten- und Komitologieausschüssen. Diese Mitwirkung verlangt eine proaktive und konstruktive Grundhaltung, wobei der Einfluss wesentlich von der Qualität und Überzeugungskraft der Argumente abhängt (*power of the pen*). Damit einher geht die Übernahme von (Mit-)Verantwortung für die Politikgestaltung im paneuropäischen Kontext – womit sich der «*tradierte Integrationsmodus*»⁵⁰ der Schweiz verändert, der reaktive Züge trägt und darauf ausgerichtet ist, passiv «fertiges» EU-Recht zu übernehmen. Negativ fällt ins Licht, dass die Beteiligungen rechtlich teils auf wackligen Füßen stehen. Die EU hat sich im Dublin-Assoziierungsabkommen lediglich verpflichtet, die Schweiz «*je nach Bereich so weitgehend wie möglich*» an den Ausschüssen zu beteiligen; die Schweiz ist vom *Goodwill* der Organe der EU und ihrer Mitgliedstaaten abhängig. Problematisch ist weiter, dass die Schweiz keinen Zugang hat zu Arbeitsgruppen des Europäischen Parlaments, welches mittlerweile in den meisten Fällen als Co-Gesetzgeber auftritt; die Schweiz ist darauf angewiesen, ihren Einfluss auf informellem Weg (Lobbying) geltend zu machen.

IV. Seitenblick auf das EWR-Recht

A. Grundsätze

Ein Seitenblick auf die dynamische Übernahme von Rechtsakten im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) zeigt, welch hohem Anpassungsdruck die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten ausgesetzt sind. Die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten verpflichteten sich beim Abschluss des EWR-Abkommens (EWRA), knapp 1'600 EG-Rechtsakte zu übernehmen; das entsprach rund 60 % des EG-Sekundärrechts und umfasste 15'000 Seiten.⁵¹ Seither ist die möglichst zeitnahe und unkomplizierte Übernahme von Rechtsakten zentral für das gute Funktionieren des EWR-Abkommens. Das EWR-Abkommen macht entsprechende Vorgaben.⁵² Bei unionalen Rechtsetzungsvorhaben, welche auch für den EWR bedeutsam sind, werden die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten frühzeitig in die Vorbereitungsarbeiten eingebunden (v.a. Art. 99 und Art. 100 EWRA, *decision shaping*); bei der förmlichen Verabschiedung durch den Rat und das Parlament verfügen sie naturgemäss über kein Stimmrecht (*decision making*). Die Aufgabe, diese Rechtsakte sodann in das EWR-Abkommen bzw. in dessen Anhänge und Protokolle zu übernehmen, obliegt dem Gemeinsamen EWR-Ausschuss, der aus Vertretern der Vertragsparteien zusammengesetzt ist und seine Beschlüsse im Einvernehmen zwischen der EU und den mit einer Stimme sprechenden EWR/EFTA-Mitgliedstaaten fasst (Art. 93 und Art. 98 Abs. 2 EWRA).⁵³ Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und Homogenität fasst der Gemeinsame EWR-Ausschuss solche Übernahmebeschlüsse «*so bald wie möglich*» nach Erlass der neuen Vorschriften durch die EU (Art. 102 Abs. 1 EWRA). Die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten ihrerseits beschliessen ebenfalls einstimmig (bevor sie *en bloc* im Gemeinsamen EWR-

⁵⁰ Johannes Saurer, Die rechtliche Beziehung der Schweiz zu den Europäischen Agenturen, ZBl 2013, 415, 428, in Bezug auf die Beteiligung der Schweiz an EU-Agenturen.

⁵¹ Dieter Freiburghaus, Königsweg oder Sackgasse? Schweizerische Europapolitik von 1945 bis heute, 2. A., Zürich 2015, 239.

⁵² S. zum Ganzen Georges Baur, Decision-Making Procedure and Implementation of New Law, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), The Handbook of EEA Law, Cham 2016, 45–67.

⁵³ Vorbehalten bleiben allfällige innerstaatliche Genehmigungsverfahren, s. zum Verfahren in Liechtenstein Gutachten des Staatsgerichtshofs vom 11. Dezember 1995, abgedruckt in ZBl 1996, 558–563.

Ausschuss auftreten), womit jeder EWR/EFTA-Mitgliedstaat die Übernahme eines EU-Rechtsaktes verzögern oder ganz verhindern kann.⁵⁴ Sofern eine Übernahme durch die EWR/EFTA-Mitglied-

AJP 2017 S. 638, 648

staaten abgelehnt wird, prüft der Gemeinsame EWR-Ausschuss «*alle [...] Möglichkeiten, das gute Funktionieren dieses Abkommens aufrechtzuerhalten*» (Art. 102 Abs. 4 EWRA). Wird innert sechs Monaten keine einvernehmliche Lösung gefunden, gelten die von den neuen Vorschriften berührten Teile des EWR-Abkommens als vorläufig ausser Kraft gesetzt (Art. 102 Abs. 5 EWRA); diese Frist beginnt, wenn sie eine Partei ausdrücklich auslöst.⁵⁵ Die gemäss dem Abkommen bereits begründeten Rechte und Pflichten von Privatpersonen und Marktteilnehmenden bleiben von der vorläufigen Ausserkraftsetzung unberührt (Art. 102 Abs. 6 EWRA).

Seit Inkrafttreten des EWR-Abkommens anfangs 1994 wurden jährlich durchschnittlich 380 neue Rechtsakte in den EWR-*Acquis* übernommen.⁵⁶ Noch nie wurde eine Übernahme eines Rechtsaktes förmlich abgelehnt, wenngleich einzelne Fälle durchaus kontrovers diskutiert werden und Rechtsakte mitunter an die Natur und Besonderheiten des EWR-Abkommens angepasst werden müssen. Dies war etwa bei der Übernahme der Richtlinie 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie) der Fall.⁵⁷ Des Weiteren ist etwa die Beschlussfassung über die Übernahme der Richtlinie 2008/6/EG (Dritte Postrichtlinie) seit knapp zehn Jahren hängig; immerhin hat Norwegen ein ursprünglich angedrohtes Veto nach einem Regierungswechsel wieder zurückgezogen.

B. Bewertung

Der Mechanismus zur dynamischen Weiterentwicklung des EWR-Rechts funktioniert *grosso modo* zufriedenstellend und erfüllt seinen Zweck, das EWR-Recht im Gleichschritt mit dem *Acquis communautaire* weiterzuentwickeln.⁵⁸ Die strikten Vorgaben bewirken einen hohen Anpassungsdruck; dazu kommen die ungleichen politischen und wirtschaftlichen Machtverhältnisse, welche eine Ablehnung seitens der EWR/EFTA-Mitgliedstaaten weiter erschweren. Wenig überraschend identifizieren die EU und die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten unterschiedliche Schwachstellen und Defizite. Die EU moniert, Sonderwünsche der EWR/EFTA-Mitgliedstaaten würden den Übernahmeprozess unnötig verlängern und verkomplizieren. Der Rat stellte Ende 2014 fest, «*dass die EWR-EFTA-Staaten die Relevanz der EU-Rechtsvorschriften für den EWR in Zweifel ziehen, die durch das Abkommen gebotene Möglichkeit, Anpassungen und Ausnahmen zu beantragen, in hohem Masse nutzen, und bei der Erfüllung*

⁵⁴ Es ist umstritten, ob es sich dabei *de iure* um ein Vetorecht handelt (Andreas Glaser/Lorenz Langer, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER 2013, 563, 566) oder um eine Übernahmeverpflichtung i.S. einer *obligation de résultat* (Knut Almestad, The Notion of «Opting Out», in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), The Handbook of EEA Law, Cham 2016, 85, 87, 88); s. zum Ganzen bereits Thomas Cottier, Recht und Macht im Europäischen Wirtschaftsraum, AJP 1992, 1204, 1212, wonach sich das Opting-Out der EWR/EFTA-Mitgliedstaaten «auf existentielle Fragen» wird beschränken müssen. Beachtlich ist dabei auch, dass der EWR ursprünglich für deutlich mehr EWR/EFTA-Mitgliedstaaten konzipiert war, womit der EWR/EFTA-interne Druck auf potentielle «Übernahmeverweigerer» noch grösser gewesen wäre.

⁵⁵ Georges Baur, Suspension of Parts of the EEA Agreement: Disputes About Incorporation, Consequences of Failure to Reach Agreement and Safeguard Measures, in: Baudenbacher (Hrsg.), The Handbook of EEA Law, Cham 2016, 69, 71.

⁵⁶ Hans Petter Graver, § 19 Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR), in: Armin Hatje/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Baden-Baden 2014, N 37.

⁵⁷ S. oben FN 19.

⁵⁸ Ebenso Graver (FN 56), N 37; für eine umfassende – und durchaus kritische – Würdigung des EWR Halvard Haukeland Fredriksen/Christian N.K. Franklin, Of pragmatism and principles: the EEA Agreement 20 years on, CML Rev. 2015, 629–684.

verfassungsrechtlicher Anforderungen sowie bei der Umsetzung und Durchsetzung von bereits angenommenen EWR-Rechtsvorschriften in den EWR-EFTA-Staaten Verzögerungen auftreten».⁵⁹ Ein Grund dafür, dass vermehrt Anpassungen und Ausnahmen notwendig sind, liegt nicht zuletzt darin, dass sich die Bestimmung der Binnenmarkt- und damit der EWR-Relevanz eines Rechtsaktes bzw. einzelner Teile davon zunehmend schwieriger gestaltet.⁶⁰ Demgegenüber wird vor allem in Norwegen beklagt, dass die fortlaufende Übernahme von EU-Recht zu einem Demokratiedefizit führt. Eine anfangs 2012 von der norwegischen Regierung eingesetzte Expertengruppe wies eindringlich auf die nur schwach ausgestaltete Mitwirkung bei der Weiterentwicklung des EU-Rechts und das weitgehende Fehlen einer innerstaatlichen Debatte hin:

*«[Norway's form of association with the EU] raises democratic problems. Norway is not represented in decision-making processes that have direct consequences for Norway, and neither do we have any significant influence on them. Moreover, our form of association with the EU dampens political engagement and debate in Norway and makes it difficult to monitor the Government and hold it accountable in its European policy. This is not surprising; the democratic deficit is a well-known aspect of the EEA Agreement that has been there from the start. It is the price Norway pays for enjoying the benefits of European integration without being a member of the organisation that is driving these developments.»*⁶¹

Soweit ersichtlich bestehen keine ernsthaften Bestrebungen, das geltende System zu reformieren.⁶² Sowohl die EU als auch die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten profitieren

AJP 2017 S. 638, 649

vom *Status quo*; die Schwachstellen und Defizite werden bewusst in Kauf genommen.

V. Geplantes institutionelles Abkommen

Die EU kritisiert seit längerem, *«dass das derzeitige System der bilateralen Abkommen [...] komplex und schwer zu handhaben ist und eindeutig an seine Grenzen stösst»* und deshalb einer Modernisierung bedarf.⁶³ Sie fordert die Schweiz auf, Hand zur Schaffung eines institutionellen Abkommens zu bieten, um die nötige Homogenität der Rechtsanwendung und -weiterentwicklung sicherzustellen, und macht den Abschluss weiterer Abkommen über die Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt vom Abschluss eines solchen Abkommens abhängig.⁶⁴ Anfänglich wehrte sich die Schweiz – gestützt auf das weitem vorherrschende Souveränitätsverständnis, bei dem die Selbstbestimmung und die direkte Demokratie traditionell im Mittelpunkt stehen, und im Bestreben, die Beziehungen zur EU primär unter handelspolitischen Aspekten ohne institutionelle Einbindung zu regeln – gegen diese Forderung der EU.

⁵⁹ Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu einem homogenen erweiterten Binnenmarkt und den Beziehungen der EU zu nicht der EU angehörenden westeuropäischen Ländern, 16.12.2014 (zit. Schlussfolgerungen des Rates zum Binnenmarkt), N 33.

⁶⁰ Baur (FN 25), 37.

⁶¹ Report by the EEA Review Committee, Outside and Inside: Norway's agreements with the European Union, 17 January 2012, Chapter 1; s. für eine umfassende Analyse in Liechtenstein Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betr. 20 Jahre Mitgliedschaft im EWR, Nr. 18/2015.

⁶² S. zu Anpassungen und Vereinfachungen des EFTA-internen Verfahrens zur Vorbereitung von Übernahmeentscheiden Handbook on EEA EFTA procedures, Internet: <https://www.efta.int> und Link zu Publications/EFTA Bulletins (Abruf 31.1.2017).

⁶³ Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern, 14.12. 2010, N 48.

⁶⁴ S. etwa Schlussfolgerungen des Rates zum Binnenmarkt (FN 59), N 44; Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen der EU zur Schweizerischen Eidgenossenschaft, 28.2.2017, N 5; das Europäische Parlament teilt diese (Erwartungs-) Haltung des Rates, s. Entschliessung vom 9.9.2015 zu dem Thema EWR-Schweiz: Hindernisse bei der umfassenden Verwirklichung des Binnenmarktes, 2015/2061 (INI), N 16.

Mittlerweile ist sich die Schweiz bewusst, dass eine Neugestaltung der institutionellen Regeln auch Vorteile bieten und durchaus im beiderseitigen Interesse liegen mag.⁶⁵ Seit Frühsommer 2014 wird verhandelt. Dabei geht es – in Ergänzung zur Auslegung, Überwachung und Streitbeilegung – auch um die dynamische Weiterentwicklung der Abkommen.

A. Eckpunkte

Der Bundesrat beschäftigte sich im Europabericht von 2010 ausführlich mit der Wunsch- und Machbarkeit eines institutionellen Abkommens. Er äusserte sich zur möglichen Ausgestaltung und formulierte Leitplanken.⁶⁶ In Bezug auf die dynamische Weiterentwicklung stehen die folgenden vier Elemente im Vordergrund.

Ein institutionelles Abkommen muss – *erstens* – gewährleisten, dass die Schweiz über angemessene Mitwirkungsrechte in Komitologieausschüssen, Experten- und Arbeitsgruppen der Kommission und des Rates verfügt (*decision shaping*). Entsprechende Regelungen werden sich wohl an den bereits geltenden Vorgaben (Verweis auf Art. 100 EWRA, evtl. Zusatzvereinbarung zu Schengen von 2011) orientieren. Intern wird es für die Schweiz darum gehen, die Entwicklungen in der EU frühzeitig zu erkennen und die betroffenen Bundesstellen, das Parlament (Aussenpolitische Kommissionen) und die Kantone bei der Festlegung der Verhandlungspositionen einzubeziehen. Gegen aussen wird die Herausforderung darin bestehen, die Netzwerke zu pflegen und Verbündete zu gewinnen.⁶⁷ Zu bedenken ist, dass eine Beteiligung der Schweiz bis anhin ausschliesslich in Arbeitsgruppen und Ausschüssen des Rates und der Kommission erfolgt, nicht aber des Europäischen Parlaments. Es scheint lohnenswert, die Schaffung eines formalisierten Dialogs zwischen dem schweizerischen und dem Europäischen Parlament zu prüfen.⁶⁸

Die Schweiz lehnt – *zweitens* – eine automatische Übernahme von EU-Recht ab.⁶⁹ Sie beharrt darauf, dass «*die schweizerische Souveränität und die innenpolitischen Entscheidungsprozesse respektier[t]*» werden.⁷⁰ Es wird wohl auch in Zukunft grundsätzlich an den Gemischten Ausschüssen liegen, einvernehmlich die Übernahme von abkommensrelevanten Weiterentwicklungen zu beschliessen. Neu dürfte eine Regelung zur Debatte stehen,

AJP 2017 S. 638, 650

⁶⁵ S. zu diversen politischen Vorstössen, die bilateralen Beziehungen unter ein gemeinsames institutionelles Dach zu stellen, in der Schweiz seit 2001: Heidi Gmür, Wer hat's erfunden?, NZZ vom 6.4.2017, 13.

⁶⁶ Bericht Markwalder (FN 1), 7276–7278, 7298–7303, 7307–7312.

⁶⁷ Bericht Markwalder (FN 1), 7302; s. zur heutigen Situation betr. Mitwirkung der Kantone die Vereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (...) sowie den Kantonen (...) betr. den politischen Dialog Bund-Kantone zu Europafragen vom 5. Juni 2012; zum geforderten Ausbau der Informations- und Mitwirkungsrechte (auch) im Hinblick auf ein institutionelles Abkommen Stellungnahme der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) vom 13.10.2013, Internet: <https://www.kdk.ch> (Abruf 31.1.2017); zum Ganzen auch Roland Mayer, Die Bilateralen II und die Kantone: Test für die Föderalismustauglichkeit des bilateralen Wegs, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen, Genf 2006, 155–167.

⁶⁸ Bericht Markwalder (FN 1), 7311; s. auch Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 7. September 2010 zu dem Thema EWR-Schweiz: Hindernisse für die vollständige Verwirklichung des Binnenmarktes, 2009/2176 (INI), N 5, zum möglichen Einbezug der Parlamente der EWR/EFTA-Mitgliedstaaten.

⁶⁹ Pressemitteilung des Bundesrates vom 18. Dezember 2013: Beziehungen Schweiz-EU: Bilateralen Weg durch Verhandlungen über institutionelle Fragen stärken, Internet: <https://www.admin.ch> und Link zu Medienmitteilungen (Abruf 31.1.2017).

⁷⁰ Bericht Markwalder (FN 1), 7243.

wonach der Genehmigungsprozess in der Schweiz innert einer gewissen Frist durchzuführen ist. Gewisse Rechtsakte dürften dabei – ein Anliegen der Schweiz – von einer dynamischen Übernahme ausdrücklich ausgenommen werden; dies fordert der Bundesrat etwa in Bezug auf die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG.⁷¹ Die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) verlangt zudem eine Regelung, wonach die Schweiz keine Weiterentwicklungen akzeptieren muss, welche grundlegende Prinzipien der Schweiz (Föderalismus, direkte Demokratie, Neutralität) in Frage stellen.⁷²

Die umstrittenste Frage beschlägt – *drittens* – die Regelung der Konsequenzen für den Fall, dass die Schweiz eine Übernahme ablehnt. Der Schweiz schwebt ein Modell vor, bei dem diesfalls – analog zur Regelung im Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit von 1990/2009 – «angemessene Ausgleichsmassnahmen» getroffen werden können; eine automatische Beendigung des Abkommens sollte nur dann vorgesehen werden, «wenn die Umstände und der Geltungsbereich dies unumgänglich machen».⁷³ Es sollte ein «Spielraum» bewahrt werden, um im Fall einer Nichtübernahme kontextbezogen eine angemessene Lösung zu finden und «eine zu rasche Politisierung von Differenzen zu vermeiden».⁷⁴ Die EU favorisiert demgegenüber einen Mechanismus analog zu demjenigen der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen, wonach das fragliche Abkommen bei einer Nichtübernahme automatisch beendet wird, sofern die Parteien im Gemischten Ausschuss keine einvernehmliche Lösung finden. Dabei stellt sich weiter die Frage, ob und – sofern dies bejaht wird – in welcher Weise das rechtliche Schicksal mehrerer Abkommen miteinander verknüpft werden soll. Zurzeit sind die Abkommen von 1999 (Bilaterale I) mit einer Guillotine-Klausel verbunden (s. etwa Art. 25 Abs. 4 FZA). Dem Vernehmen nach fordert die EU die Fortsetzung dieser Verknüpfung unter Einbezug künftiger Abkommen; das Dahinfallen eines Abkommens würde automatisch zur Beendigung aller weiteren Abkommen führen, auf die das institutionelle Abkommen anwendbar ist («grosse» Guillotine oder «Super-Guillotine»). Die EU hat im Zuge der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative durch die Schweiz zudem betont, dass auch die Schengen/Dublin-Assoziierung – wenn nicht rechtlich, so doch faktisch – mit der Personenfreizügigkeit verknüpft ist.⁷⁵ Die Schweiz steht einer «grossen» Guillotine selbstredend ablehnend gegenüber.⁷⁶

Klärungsbedürftig ist – *viertens* –, auf welche Abkommen die Regelungen zur dynamischen Übernahme anwendbar sein sollen. Es dürfte sich wohl um diejenigen Abkommen handeln, welche Marktzugangsfragen regeln und auf dem unionalen Besitzstand beruhen. Dies trifft typischerweise auf die meisten Abkommen von 1999 zu (Landwirtschaftsabkommen, Landverkehrsabkommen, Luftverkehrsabkommen, Freizügigkeitsabkommen, Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen). Das Freihandelsabkommen von 1972 und das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens von 1999 beruhen nicht auf dem unionalen Besitzstand; ihr ordnungsgemässes Funktionieren hängt nicht davon ab, dass unionale Weiterentwicklungen zeitnah übernommen werden. Fraglich ist, ob auch die Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen den geplanten Regelungen unterstellt werden. Gemäss Bundesrat wäre dies «*aller Wahrscheinlichkeit nach*» nicht der Fall, da die geltenden Regeln für alle assoziierten Drittstaaten gleichermassen

⁷¹ S. dazu oben II.C.

⁷² Europapolitische Standortbestimmung vom 25.6.2010, N 15, <https://www.kdk.ch> (Abruf 31.1.2017); s. aktuell zum Fall, dass diese Grundsätze bei einer Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands tangiert werden, Art. 4 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Gemischten Ausschusses zum Schengen-Abkommen.

⁷³ Bericht Markwalder (FN 1), 7300–7301.

⁷⁴ Bericht Markwalder (FN 1), 7301, 7302.

⁷⁵ Schlussfolgerungen des Rates zum Binnenmarkt (FN 59), N 45.

⁷⁶ So ausdrücklich Konferenz der Kantonsregierungen (KdK), Europapolitische Standortbestimmung vom 25.6.2010, N 14, Internet: <https://www.kdk.ch> (Abruf 31.1.2017).

einschlägig sind.⁷⁷ Eine Neuregelung drängt sich hier nicht auf; überdies regeln die Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen keine Marktzugangsfragen. Auch das Abkommen über Zollerleichterungen und Zollsicherheit von 1990/2009 enthält spezifische Regeln über die Weiterentwicklung; eine Unterstellung unter das institutionelle Abkommen ist nicht nötig. Ein offenkundiger Kandidat für ein künftiges Abkommen, auf welches das institutionelle Abkommen anwendbar sein würde, ist das Stromabkommen, über das seit 2007 verhandelt wird. Dasselbe gilt für ein mögliches (Finanz-) Dienstleistungsabkommen.

B. Bewertung

Die Forderung der EU, für diejenigen Abkommen, welche den Marktzugang regeln und auf dem unionalen Besitzstand beruhen, einen institutionellen Rahmen zu schaffen und dabei auch einen Mechanismus zur dynamischen Übernahme von EU-Recht einzuführen, beruht auf einer stimmigen Logik. Die Verwaltung und Weiterentwicklung der Abkommen ist komplex und aufwändig. Die einheitliche Geltung des sich ständig weiterentwi-

AJP 2017 S. 638, 651

ckelnden unionalen Besitzstands ist nicht sichergestellt. Die Forderung der EU trägt der gewandelten völkerrechtlichen Natur der Abkommen Rechnung.⁷⁸ Solche Abkommen führen zu einer sektoriell weitgehenden Integration der Schweiz in den unionalen Binnenmarkt. Die Schweiz nimmt eine mitgliedstaatsähnliche Stellung ein und beteiligt sich an einem «*multilateralen Projekt*».⁷⁹ Es ist nur konsequent, wenn sichergestellt wird, dass das einschlägige Sekundärrecht möglichst zeitnah und unkompliziert in den bilateralen *Acquis* übernommen wird und die Marktteilnehmenden in der Schweiz und der EU damit über die gleichen (Marktzugangs-) Rechte verfügen. Ein institutioneller Rahmen erhöht die Transparenz und Effizienz der Entscheidungsfindung. Der bilaterale Weg wird weiter verrechtlicht; er gewinnt – aus dieser Warte betrachtet – an Rechtssicherheit. Diese Argumente werden auch von der Schweiz geteilt.⁸⁰ Dessen ungeachtet ist der Abschluss eines institutionellen Abkommens für die Schweiz wohl schlicht unumgänglich. Ein institutionelles Abkommen – das hat die EU wiederholt unterstrichen – ist eine *conditio sine qua non* für den Abschluss neuer Marktzugangsabkommen und damit eine Voraussetzung dafür, dass der bilaterale Weg – weitem als der schweizerische «Königsweg» betrachtet – auch weiterhin «*das am besten geeignete Instrument zur Wahrung der schweizerischen Interessen in Europa*»⁸¹ darstellt.

Gleichzeitig löst die – für die Öffentlichkeit erst in Umrissen absehbare, keineswegs feststehende – Ausgestaltung des institutionellen Abkommens ein gewisses Unbehagen aus. Unter Umständen, d.h., sofern die EU auf ihren Forderungen beharrt und bei einer Nichtübernahme einer Weiterentwicklung die Beendigung eines oder mehrerer Abkommen droht, läuft der geplante Mechanismus darauf hinaus, dass bei jeder

⁷⁷ Bericht Markwalder (FN 1), 7310 Fn 98.

⁷⁸ S. zur Lesart, wonach auch das BGer. etwa dem FZA eine neuartige Rechtsqualität zubilligt, Matthias Oesch, Urteilsanmerkung zu BGE 142 II 35, ZBl 2016, 197, 210–211.

⁷⁹ Schlussfolgerungen des Rates zum Binnenmarkt (FN 59), N 44. – In der EU steht bei einer nicht ordnungsgemässen Durchführung von EU-Recht durch die Mitgliedstaaten insbesondere das Vertragsverletzungsverfahren zur Verfügung; sofern ein Mitgliedstaat sich weigert, einem entsprechenden Feststellungsurteil des EuGH nachzukommen, kann der EuGH auf Antrag der Kommission die Zahlung eines Pauschalbetrags oder Zwangsgelds verhängen (Art. 258–260 AEUV).

⁸⁰ S. etwa Bericht Markwalder (FN 1), 7243, 7308–7309; Aussenpolitischer Bericht 2013 vom 15. Januar 2014, BB1 2014 1055 ff., 1077–1078; Schweizerische Eidgenossenschaft, Aussenpolitische Strategie 2016–2019: Bericht des Bundesrates über die Schwerpunkte der Legislatur, 17.

⁸¹ Bericht Markwalder (FN 1), 7246.

einzelnen Übernahme die Weiterführung des bilateralen Wegs in seiner jetzigen Form grundsätzlich auf dem Prüfstand steht. Die Schweiz wird dann quasi flächendeckend mit den Herausforderungen konfrontiert, welche heute *en miniature* im Rahmen von Schengen/Dublin-Übernahmeverfahren zu beobachten sind. Die ausserpolitischen Kompetenzen des Bundesrates, des Parlaments und gegebenenfalls des Stimmvolks bleiben formal zwar unangetastet. In der Praxis werden diese Rechte aber in ihrer Substanz ausgehöhlt.⁸² Es droht ein weiteres Kapitel in der Geschichte der «Scherbenhaufen»-Referenden, d.h. von Volksabstimmungen, bei denen das Schreckgespenst eines Scherbenhaufens beschworen wird, sofern das Stimmvolk einer behördlichen Empfehlung zur Genehmigung eines völkerrechtlichen Vertrags nicht folgt.⁸³ Eine tatsächliche Entscheidautonomie verbleibt einzig in Bezug auf die grundsätzliche Weichenstellung, einer Übernahme zuzustimmen und den bilateralen Weg damit weiterzuführen oder die *Reset*-Taste zu drücken und das Verhältnis zur EU von Grund auf neu zu gestalten. *Tertium non datur*. Vor diesem Hintergrund scheint eine Lösung, bei der bei einer Nichtübernahme die Beendigung eines oder mehrerer Abkommen droht, unannehmbar. Selbst der Übernahmemechanismus im EWR-Recht belässt den EWR/EFTA-Mitgliedstaaten einen grösseren Spielraum, um die Übernahme missliebiger Rechtsakte hinauszuzögern oder ganz zu verhindern. Volk und Stände lehnten den Beitritt der Schweiz zum EWR im Dezember 1992 unter anderem wegen der institutionellen Mängel des EWR-Abkommens ab.⁸⁴ Vor diesem Hintergrund wäre es zumindest merkwürdig, wenn die Schweiz heute einem institutionellen Setting zustimmen würde, bei dem die demokratischen Rechte im Vergleich zum EWR-Recht unter Umständen noch mehr an Substanz einbüssen würden.

Sofern im Fall einer Nichtübernahme angemessene Ausgleichsmassnahmen getroffen werden können und keine automatische Beendigung eines oder mehrerer Abkommen droht, wird – wie der Bundesrat zu Recht ausführt – eine Erosion der demokratischen Rechte zumin-

AJP 2017 S. 638, 652

dest «abgemildert».⁸⁵ Der Anpassungsdruck bleibt jedoch hoch. Auch sind die Kosten einer Nichtübernahme weiterhin nicht zuverlässig abschätzbar; zu gross bleibt der Spielraum für mögliche Ausgleichsmassnahmen. Das ist der Rechtssicherheit – ein zentrales Argument *für* ein institutionelles Abkommen – nicht förderlich.⁸⁶ Immerhin droht nicht mehr die latente Gefahr eines «Totalabsturzes».

VI. Schluss

Die kritische Würdigung der bestehenden und – soweit absehbar – geplanten Regelungen zur Übernahme von EU-Recht illustriert, dass der bilaterale Weg an seine natürlichen Grenzen stösst. Die Politik, als Passivmitglied sektoriell am

⁸² Vgl. demgegenüber Glaser/Langer (FN 54), 582, wonach aus Sicht der demokratischen Partizipationsrechte des Stimmvolks das Weiterbestehen des Referendumsrechts allein «als eigentlicher Gradmesser» zu betrachten ist.

⁸³ Diesen Begriff hat Oliver Diggelmann, Das Phänomen der «Scherbenhaufen»-Referenden, Jusletter 13.10.2008, geprägt.

⁸⁴ Der Bundesrat war in seiner Botschaft vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (BBl 1992 IV 1, 87) im Übrigen der Ansicht, die demokratischen Mitwirkungsrechte würden im EWR «optimal gewahrt»; Probleme bei der Übernahme würden nur die Gefahr bergen, «dass ausserpolitische und völkerrechtliche Probleme entstehen»; diese Sichtweise verkannte offensichtlich den Konformitätsdruck, dem die EWR/EFTA-Mitgliedstaaten in der Praxis unterliegen.

⁸⁵ Bericht Markwalder (FN 1), 7302.

⁸⁶ Ebenso Tobias Naef, Der Königsweg und die Abrissbirne: Bilaterales Rahmenabkommen vs. Direkte Demokratie, Internet: <http://www.foraus.ch> und Link zu Blog (Abruf 31.1.2017).

supranationalen Integrationsprojekt der EU teilzunehmen, kann nur funktionieren, wenn man bereit ist, die Spielregeln des Clubs zu akzeptieren. Die EU scheint je länger je weniger bereit, Hand zu bieten für Sonderlösungen. Ebenso verständlich ist aber auch das Anliegen der Schweiz, die demokratischen Rechte zu wahren und in eigener Regie und Verantwortung über Weiterentwicklungen der Abkommen zu befinden. Die sektorielle Integration in den unionalen Rechtsraum soll nicht zu einer übermässigen Aushöhlung der demokratischen Rechte führen. Hier besteht ein Spannungsverhältnis, das nicht leichthin aufzulösen ist. Eine Patentlösung gibt es nicht. Das naheliegende Rezept, nämlich die Einschränkung der demokratischen Rechte in Konstellationen, in denen heikle europapolitische Weichenstellungen zur Debatte stehen – etwa durch die Ausnahme von Übernahmebeschlüssen und der dazugehörigen Umsetzungsgesetzgebung vom fakultativen Referendum – scheint kaum ratsam. Die Konsequenzen einer solchen Massnahme wären erheblich. Die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger würden entmündigt; sie würden gleichsam vor der eigenen Unverfrorenheit, eine Übernahme abzulehnen, geschützt, was in breiten Kreisen kaum goutiert würde.⁸⁷ Auch liefe ein solcher Schritt dem Trend der letzten Jahre zuwider, den Geltungsbereich des Staatsvertragsreferendums auszubauen.⁸⁸ Letztlich bleibt wohl nichts anderes übrig, als sich mit dem *Status quo* abzufinden: Referendumsabstimmungen, bei denen europapolitisch enorm viel auf dem Spiel steht, sind die unvermeidliche Folge davon, dass die Schweiz mitgliedstaatsähnlich in den unionalen Rechtsraum integriert wird, gleichzeitig aber nicht bereit ist, sich institutionell vollwertig einzubringen. Das demokratische Unbehagen und die Rechtsunsicherheit, welche damit einhergehen, gehören zum Preis, den die Schweiz dafür bezahlt. Sie hat dieses Arrangement aus freien Stücken gewählt. Sie kann es jederzeit wieder aufkündigen, wenn sie dies für opportun hält.

Die geplante Schaffung eines institutionellen Abkommens bietet eine willkommene Gelegenheit, das Verhältnis der Schweiz zur EU grundsätzlich zu überdenken. Ein solches Abkommen ist kurzfristig wohl unumgänglich, um den bilateralen Weg auf eine neue tragfähige Basis zu stellen. Demgegenüber ist fraglich, ob ein solches Abkommen – mit dem die bereits heute zu beobachtende Tendenz «institutionalisiert» wird, die Rechtsetzung in durchaus bedeutsamen Bereichen faktisch an den EU-Gesetzgeber zu delegieren – längerfristig eine dauerhafte Lösung darzustellen mag. Damit stellt sich unweigerlich die Frage, ob der bilaterale Weg auch künftig den schweizerischen Königsweg darstellt oder ob sich eine weitergehende Integration aufdrängt – weg von der Politik, als Passivmitglied die Rechtsentwicklungen in der EU im Akkord einfach nur nachzuvollziehen, hin zur konstruktiven Mitwirkung und Übernahme entsprechender Verantwortung. Politische Klugheit und Weitsicht gebieten, sich alle europapolitischen Optionen offen zu halten; dazu gehört auch der EU-Beitritt. Dabei ist klar: Auch in der EU stellt sich die Frage nach der demokratischen Legitimation von Verordnungen und Richtlinien und der (verbliebenen) demokratischen Rechte in den Mitgliedstaaten; sie wird heftig und kontrovers diskutiert. Der grosse Unterschied zur Situation der Schweiz besteht allerdings darin, dass es die EU-Mitgliedstaaten zusammen selbst in der Hand haben, das Zusammenspiel der beiden Ebenen so auszugestalten, dass die grundlegenden Anforderungen des Demokratieprinzips insgesamt erfüllt sind.⁸⁹ Hier sieht die Bilanz des europäischen Integrationsprozesses gar nicht so schlecht aus.

⁸⁷ Ähnlich Diggelmann (FN 83), N 13, zur Einschränkung der Volksrechte in aussenpolitischen «Scherbenhaufen»-Konstellationen im Allgemeinen.

⁸⁸ S. zur Entwicklung des Staatsvertragsreferendums Langer (FN 48), 28–39.

⁸⁹ S. zur demokratischen Legitimation des EU-Rechts Matthias Oesch, *Europarecht*, Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU, Bern 2015, N 507–512.